255

18



# POR DON SALVADOR CARRETA, VEZINO y Regidor de la villa de Motril.

## EN EL PLEYTO

Con el Licenciado don Pedro Calvo Ossorio, Abogado en esta Corte, como marido y conjunta persona de doña Maria Ruiz Cabello, vezinos desta ciudad.

*En Garanada, por Baltasar de Bolibar, y Frãcisco Sãchez, a la porteria de las Mon, as Calçadas de Nuestra Señora del Carmen. Año de 1648.*



L hecho puntual de aques-
te pleyto viene a ser, que
por el año passado de 612
doña Quiteria Muñino,
viuda de Diego Ruiz Ca-
bello, como madre, tuto-
ra, y curadora de la dicha
doña Maria Ruiz Cabe-
llo, y de los demas sus hi-
jos, pidió, que se vendiesse, y sacasse al pregon vn
oficio de escriuano publico de la dicha villa, q̃ auia
quedado por fin y muerte de su marido, el qual pa
rece, que auiendo precedido informacion de vtili-
dad, y decreto de la justicia para que se vendiesse,
se remató en precio de 2U300. ducados en Simon
Rincon, la tercia parte de contado, y los 1U530.
ducados restantes a censo; y en virtud de aqueste
remate se le otorgò escritura de venta, y el se obli-
gó, y hipotecó por especial hipoteca el dicho ofi-
cio, y dio por sus fiadores a Luis Gomez de Pedra-
za, y Lucia de Tovar Vela su muger, Alonso Ro-
driguez, y Gaspar de la Torre, que todos hipoteca
ron algunos bienes, y en particular el dicho Luys
Gomez de Pedraza y su muger dos pares de casas,
que tenian fuera de lo cercado de la dicha villa,
debaxo de ciertos linderos que en la dicha escritu-
ra se refieren; y se declarò auer sobre ellas vn cen-
so de 100. ducados que se pagaua a la Iglesia de la
dicha villa. Y se obligaron todos a no poder diui-
dir, vender, ni enagenar las dichas hipotecas si no
fuesse a persona lega, llana, y abonada, y de quien
se pudiessen cobrar los reditos del dicho censo.

2 ¶ Por el año de 1620. los dichos Luys
Gomez de Pedraza y su muger se obligan en fauor
de Antonio Taliacarne, y Bautista Carreta a lle-
uarles diferentes tareas de caña dulce a el ingenio
de Alexandro Chauarino, recibierõ dellos diferẽ-
tes cantidades a cuenta, y para la seguridad del di-
cho trato, y de las cantidades que les dieron, y auiã
de dar para el dicho acarreto hipotecaron las di-
chas

chas dos casas. Y parece, que auiendose acabado la temporada, hizieron cuenta, y se les alcançó por los dichos Antonio Taliacarne, y Bautista Carreta en 9U693. reales.

3 ¶ El año de 622. se les executò por la dicha cantidad, travose la execucion en las dichas casas, y auiendo salido sentencia de remate para hazer pago a los dichos Antonio Taliacarne, y Bautista Carreta se sacaron al pregon, y auiendose dado mas de 33. se remataron en precio de cinco mil y quinientos reales en Benito de Quesada vezino de la dicha villa.

4 ¶ El qual por no tenerlas con titulo de de prenda, pidió ante la justicia que se tassassen por dos alarifes, *y que se boluiessen a sacar al pregon por otros nueue dias, con calidad de que si huuiesse alguna persona que pretendiesse tener derecho a ellas lo mostrasse.* Hizose assi, y por dos alarifes nombrados por la justicia se tassaron en 7U750. reales con la carga de el dicho censo, y de otro que auia sobre las dichas casas, de que se encargò, y pagó los reditos que dellas se estauan deuiendo el dicho Benito de Quesada: y de todo lo demas hizo deposito real en el depositario general, *para que de alli lo lleuasse la persona que mejor derecho tuuiesse.* Y despues por auto de 31. de Agosto del año passado de 628 se aprouaron por la justicia todos los hechos en la dicha venta, declarando pertenecerle los frutos, y alquileres della, y se mandó, que la persona que tenia poder de los dichos Antonio Taliacarne, y Bautista Carreta le otorgasse escritura de venta a el dicho Benito de Quesada, como con efeto lo hizo en 5. de Setiẽbre de 1628.

5 ¶ Y en 8. del mismo mes y año declarò judicialmente el dicho Benito de Quesada auer hecho la dicha postura para el Licenciado Nicolas de Parrizola, y que con dineros suyos auia pagado la cantidad en que las dichas casas se le auian rematado, y todo lo cediò, y traspassò en el susodicho, el qual, y don Saluador Carreta su yerno las

han

han tenido, y posseydo desde entonces con aqueste titulo (hasta el año de 1645. que se introduxo por la dicha doña Maria Ruiz Cabello aqueste pleyto) y han hecho en ellas los gastos, y mejoramientos alegados por el dicho don Saluador Carreta, y que se contienen en el memorial presentado en los autos, de que se harà mencion en su lugar.

6 ¶ Supuesto aqueste hecho, la pretension de la susodicha, y del Licenciado don Pedro Calvo Ossorio su marido, es que el dicho don Saluador Carreta, y demas fiadores del dicho Simon Rincon, a quien puso assimismo la demanda, reconozcan en su fauor el dicho censo, o dexen las hipotecas. Y la de el dicho don Saluador Carreta se fundarà por los medios, y conclusiones siguientes.

7 ¶ En la primera, que no valio la dicha fiança, y consequentemente no auer subsistido la hipoteca de las dichas casas.

8 ¶ En la segunda, que quando valiesse, se acabó, y feneciò el censo con auerse perdido el oficio sobre que estaua impuesto.

9 ¶ En la tercera, que quando lo dicho cessasse, siendo tercero posseedor el dicho don Saluador Carreta no se le puede obligar a que reconozca el dicho censo, o dexe las hipotecos.

10 ¶ En la quarta, que quãdo no lo fuesse, con auer el dicho Nicolas de Parrizola cõprado en publica almoneda las dichas casas, quedarõ libres de la dicha hipoteca. Y que assi quando algun derecho tengan las partes contrarias, aurà de ser contra los vendedores.

11 ¶ En la quinta, que quando todo cesse, se ha de ratear el dicho censo entre todas las hipotecas, teniendo consideracion para lo que tocare a las casas que possee el dicho dõ Saluador Carreta al valor que tenia a el tiempo que las comprò.

12 ¶ Y en la 6. y vltima, que quando no quiera

quiera reconocer, y aya algun derecho, para que dexe las dichas casas, primero se le han de satisfazer, y pagar todos los gastos, y mejoramiétos que ha hecho en ellas.

13 ¶ Amicus Plato, amicus Socrates, sed, magis amica veritas, inquit Aristoteles, quem refert Abbas in cap. 1. de postulando, & illũ, & alios Siluan. cons. 88. in princip. disculpandose de escriuir aquel coosejo contra vn Abogado amigo y cõpañero suyo, & prosequitur: *Nimirum agitur videri debet, si ego quamvis Doctor, & Aduocatus contra clarissimum Dom. Ioan. Andr. de Busero Iurisconsultum, & Aduocatum consulendi Prouinciam assumpserim.* Y asi tampoco se me podrà culpar a mi el que lo haga, auiédomelo mandado la Sala, y siendo tan precisa la obligacion de defender la parte que se ayuda.

## ❋ PVNTO PRIMERO. ❋

14 ¶ Aunque regularmente fideiussio accedit cuilibet obligationi, l. 1. 2 ff. de fideiussor. §. 1. Instit. eod. y resuelvan algunos que tãbien es valida la que se llega al contrato de censo, vt defendunt Felician. de censib. lib. 1. cap. 4. á num. 1. & seqq. Rodrig. de reddit. lib. 2. quæst. 12. num. 9. sin embargo es muy dificil, y dudoso en el derecho el que valga semejante obligacion, por ser contraria a la naturaleza del contrato de censo, vt cõcludunt con muchos y grandes fundamentos, Bartholomæus de Albornoz in lib. 3. de arte contract. tit. 2. del censo al quitar, quem refert procurando satisfazerle Felician. vbi proximé, desde el num. 1. hasta el 5. si bien son tan grandes los fundamétos que trae, que parece, que de ninguna suerte lo haze, Nauarro cons. 9 lib. 3. de censib. Ludouic. Lopez in suo tract. de contract cap. 57. Michael Saló tract. de contract. & commertio humano, tit. de censib. art. 3 controuers. 14. num. 1. & plenius nu. 6. Auend. de censib. cap. 58. nu. 39. & melius pulchré c. 97. nu. 4. 5. & 6. donde pone tantas razones


que

que baſtara ſolo aqueſte lugar para el apoyo de aqueſta opinion.

16 ¶ Y las que mas parece que mueuen para que no ſea valida la fiança de cenſo ſon. La vna, por grauarſe con ello mas la obligacion del cenſo, y añadirſele nueua carga al imponedor del, ſiendo aqueſto prohibido por la Bula de Pio V. de creat. cenſus, ibi: *Annullamus pacta continentia ſolutiones onerum ad eum expectare, ad quem de iure, & natura contractus non expectare*, & ex prædictis hoc defendit Nauarr. vbi proximè n. 5.

17 ¶ La otra, porque como reconoce Felician. dict. cap. 4. num. 3. in fin. colum. 32. la fiāça tantum accedit obligationi perſonali, ibi: *Cum per quam manifeſtum ſit fideiuſſorem non niſi perſonali actioni accedere*. Y la accion que procede del contrato de cenſo es real, quia ex ea perpetuo tenetur prædium ad præſtationem penſionis annuę, & ſic non poteſt minimé conſtitui ſuper rem mobilem, & in fructiferam, vt probatur ex d. proprio motu Pij V. ibi: *Hac igitur noſtra conſtitutione ſtatuimus cenſum, ſeu annuum redditum creari, conſtitutivé nullo modo poſſe, niſi in re immobili habeatur de ſui natura fructifera, & quæ nominatis certis finibus deſignata ſit*. Et ibi: *Contractusque ſub alia forma poſt hac celebrandos feneratitios iudicamus, aut pro immobili*. Y aſsi no vale el cēſo q̄ ſe cōſtituye en ſola la obligació perſonal. D. Couarr. lib. 3. variarum cap. 7. n. 5. Matienç. in l. 1. tit. 15. lib. 5. nouæ Recop. gloſ. 1. num. 5. & 6. plurimos congerit Ioann. Gutierr. pract. lib. 2. quæſt. 177. num. 7. 8. & 9. vbi ad modū erudité, y lo funda no ſolo por las palabras del dicho motu proprio: ſed etiam ex extrauag. 1. & 2. Martini V. & Calixti III. quorum verba refert: ergó neque prædictam fideiuſionem.

18 ¶ La otra, y que parece que por ſi ſo la baſtara, es, que para la juſtificacion, y validació del cenſo es meneſter, y es preciſa la recepcion del precio, vt probatur in dict. extrauagant. & motu proprio, Felician. de cenſib. lib. 1. cap. 4. num. 11. lib. 2. cap. 5. num. 17. Auend. de cenſib cap. 43. per totum,

totum, D. Præses Valençuela conſ. 62. à num. 2. & ſeqq. Cenſio de cenſib. part. 2. cap. 1. quæſt. 1. art. 6. num. 34. Duard. ſuper Bullam, §. 2. quæſt. 1. nu. 12. cum ſeqq. y no baſta de ninguna ſuerte el que aya la confeſsion de recepto: vt copioſé lo funda con muchos fundamentos, y autoridades Auend. de cenſib. cap. 38. à num. 19. cap. 44. à num. 9 & cap. 45. per totum. Rodrig. de reddit. lib. 1. quæſt. 13. num. 4. & quæſt. 16. num. 21. & melius lib. 3. cap. 5. num. 40. vbi etiam ſi confeſsio ſit iurata, & idem optimé Felician. lib. 1. cap. 8. num. 15. Luego ſi el fiador del cenſo no recibe ningun comodo, ni vtilidad, ni el precio y cantidad del cẽſo que ſe impone no parece que es juſto que del ſe puedã cobrar, ni percibir los reditos, ni que ſe pueda ſubſtener, ni defender ſemejante fiança.

19 ¶ Et in terminis ſic reſoluit ex hoc fundamento Auend. de cenſib. d. cap. 97. n. 6. ibi: *Quare nouiter conſiderabam, quod in hac materia cenſuali iuſtificatio obligationis perpetuæ, ac ſucceſsiuè pendet à vera integræ ſortis receptione, vt quia ſicut nõ recepta integra, vera, certa, & legitima ſorte, non debetur vſura, nec cenſus conſiſtit 14. quæſt. 3. per totam; ita â non recipiente ſortem nihil debeatur: cum igitur fideiuſſor, qui ſortem non recipit ſoluendo cenſum, quidquam vltra ſortem præſtet obligatus non videtur, ne ſine ſorte penſionem exoluens vſura committatur.* Y deſpues de auer reſpondido, quare contrarium procedat intentio poſſeſſore, de la coſa afecta a vn cenſo, cuyo imponedor auia recibido el predio del, ait: *At vero fideiuſſores, qui per ſolam perſonam, vel ſine vllo modo ſortis bona obligationi perpetuæ cenſuali ſubiecerunt, contra totius iuſtitiæ cõmutatiuæ præcepta obligari videntur, cum nihil commodi ſentiant, imò reſpectu eorum creditor locupletetur cum aliena iactura: ideò iniuſté, & inæqualiter accedere videtur.* Y es aqueſte lugar indiuidual para el caſo preſente, por hablar en fiador de cenſo con hipoteca de bienes, vt ex verbis proximé relatis apparet.

20 ¶ Conque parece, que la practica, y vſo que ay en contrario eſt per abuſum, y por no enten-

entenderse por los escriuanos la verdadera y cierta naturaleza de los censos ;ut bene considerat Auend.de cēsib.cap.58.num.39.ad medium, ibi: *Licet generalis consuetudo totius Regni, forsan non cognoscendo naturam cuius contractus sit in contrarium.*

21 ¶ A que no podrà obstar en manera alguna, si se opusiere, que el dicho Luis Gomez de Pedrosa se obligò como principal con hipoteca de bienes, porque no auiendo recibido el precio, aunque el en realidad de verdad fuesse principal, no pudiera sustenerse en quanto a el la obligaciō, como en terminos mas fuertes lo funda, y defiende doctissimamente Pedro Surd.cons.318.per totum, en el qual auiendo desde el num.1.hasta el 4. puesto todas las razones y fundamentos que puede auer en contrario en el dicho num.4. vers. *Diligenter*, ait: *Diligenter tamen prædictis omnibus examinatis, arbitror sustineri non posse contractum illum, & vitiis obiectis laborare: quia quoad Antonellum, qui prædium supposuit, non recepit integrum pretium, sed fuit pro maiori parte aliis solutum.* Y prosigue por todo el consejo respondiendo con tanta erudicion, y tan doctamente, que se suplica a V.m. se sirua de verle a la letra, porque el referir algunos de sus fundamentos, fuera quitarles mucho de la elegancia, y erudiciō cō que estan en el dicho consejo. Luego si la obligacion del principal, no recibiendo todo el precio, es nula; segun lo que queda fundado, con mayor razon, y sin ninguna duda lo vendrà a ser la del q̄ no lo fue: porque aunque dixesse el dicho Luys Gomez de Pedraza, que se obligauan como principal, siendo constante, que el no recibió el precio, siempre se le aurá de reputar, y tener por fiador, Crauet.cons.77.num.3.vers.*Hoc ita*, Cephal.cōs. 218.num.20.& seqq.lib.2.Rodriguez de reddit. lib.2.quæst.5.num.8.Ant.Gomez tom.2.variar. cap.12.num.2. Y esto mismo resuelue Censio de censib.part.2.cap.1.quæst.2.num.52.aunque en el punto de si vale, o no la fiança de censo lleua lo contrario, quamvis non absolutè, vt infra dicemus,

se ha pretendido hazer por la parte contraria, de que a los bienes del dicho Simon Rincon huuo pleyto de concurso de acreedores, conque se pretende que està hecha ya con ello excursion en sus bienes, porque siendo aquesta vna alegacion y excepcion que auia de constar por instrumentos, o testimonio de dicho pleyto, no le podrà aprouechar ninguna prouança que sobre ello se huuiera hecho, porque es muy sospechoso reduzir a prouança de testigos lo que auia de constar por autos, o instrumentos, Aimon Crauet. cons. 134. n. 30. Surd. cons. 537. nu. 11. & 13. Hieronym. Gonçalez in regul. 8. Cancell. glos. 18. num. 8. vers. *Pro quo facit.*

## ✻ PVNTO QVARTO. ✻

29 ¶ Pero quando todo lo que queda pōderado cessasse, y la dicha excursion se tuuiesse por hecha legitimamente, adhuc, parece que no se pudiera intentar oy derecho alguno contra el dicho don Saluador Carreta, porque auiendose vendido las dichas casas en almoneda publica, y dadose para su venta mas de treinta pregones, y despues otros nueue, con calidad de que si alguno pretendiesse tener derecho a ellas, saliesse, y lo pidiesse, con no auerlo hecho la parte contraria estando en la dicha villa, y siendo vezina della, quedaron las dichas casas libres de la hipoteca a que se pretende estar afectas por la dicha fiança, vt probatur expressé in l. si eo tempore, C. de remissione pignor. ibi: *Si eo tempore, quo prædium distrahebatur programmate, admoniti creditores, cum præsentes essent, ius suum executi non sunt, possunt videri obligationē pignoris remisisse.* Caualcan. decis. 17. num. 33. & seqq. Rodrig. de reddit. lib. 2. quæst. 17. sub nu. 19. Surd. cons. 181. num. 32. & seqq. Mario Muta decis. 26. vbi multos refert nu. 1. & nouissimé Antonino de Amato resol. 9. n. 1.

30 ¶ Y en el num. 5. cum alios quam plu

 rimos,

rimos, va que quando los acreedores no son ciertos, basta la citació per proclama, & idē copiosissi mé defendit Petr. Surd. dict. cons. 181. num. 32. y es mas indubitable aquesta resolucion, no constádo que doña Maria Ruiz Cabello estuuiesse entóces ausente, ad ea, quæ tradit Hierony. Caualcan. dict. decis. 17. num. 37. & seqq. sino antes siendo constante y cierto, que entonces viuia en la dicha villa, conque no pudo ignorar el que las dichas casas se vendian, ex glos in dict. l. eo tempore, verb. *presentes*, por la qual no tansolamente se le juzga, y reputa por tal a el que está en el mismo lugar, sino a el que estuuiere in diocesi, vel prouincia, ibi: *Quidam autem dicunt præsentes in diocesi, vel prouincia*, & idem probatua ex cap. fin. extra qui accusare non possunt, l. fin. de authorit. iud. possid, & facit glos. in l. vltim. C. de longi temp. præscript. verb. *inter absentes*.

31 ¶ Y en terminos terminātes de que quando la venta es de la dicha calidad, y a instancia de acreedores el comprador quede seguro sin embargo de la hipoteca anterior: y lo que mas es aūque en ella se huuiesse ya executado por los creditos anteriores, y estuuiesse ya hecha litigiosa, porque solo puede obrar la hipoteca, o vicio del litigio en las enagenaciones voluntarias, y no en las necessarias, y que se hizieron ex authoritate iudicis, singulariter resoluunt Dom. Gregor. Lopez in l. 14. tit. 13. parti. 5. glos. fin. ibi: *Et intellige si mota lite vendat, & re vera pretium soluitur* (como en el caso presente se depositò y pagó con efeto) *quia tunc liberatur debitor*. Zaualllos dict. quæst. 820. á num. 49. ibi: *Vltimo pro complemento huius quæstionis, & pro declaratione, & limitatione præcedētis opinionis est animaduertendum, quod si debitor non ex libera voluntote fundum alienauerit, sed ex causa necessaria iudiciali propter aliquod debitum ab ipso contractum*. Y prosigue hasta el n. 54. y desde allí hasta el fin pone vn caso que tuuo en terminos, en donde vna muger auia executado por su dote, y sin embargo despues de la execució

por

por vn executor se vendieron los bienes, y por tenerse la dicha venta por necessaria, se confirmó en la Chancilleria de Valladolid, y se declaró, que los bienes quedaron libres de la hipoteca dotal, & in tractatu de fuerças, idem Zauallos resuelue lo mismo quæst. 16. á numer. 37. & seqq. y en entrambos lugares junta muchos textos, y autoridades, para que la dicha venta se aya de tener, y reputar por necessaria, y no voluntaria.

32 ¶ Y es tan cierto y sin duda lo que dexamos fundado, que no solamente quando la paga es necessaria, como es la que se haze ex mandato & authoritate iudicis, ex l. alienationis 13. ff. familiæ erciscund. & quę cōgerit Zauallos in prædictis locis, si no en la paga voluntaria que vn heredero, ó albacea haze a vn acreedor posterior, no constandole que huuiesse otro anterior, como en el caso presente no lo constò que lo huuiesse, aunque despues parezca otro anterior, no podrá molestar, ni le queda recurso contra el que ya se le auia satisfecho y pagado, vt est textus expressus in l. fin. §. etsi pręfatam, vers. *Si veró hæres*, C. de iure delib. Dom. Gregor. Lopez in l. 7. tit. 6. part. 6. glos. verbo, *que las deudas*, Alvar. Valasc. consult. 52. num. 38. & quod prædicta procedant sine dubio, quando precediò proclama, para que los demas acreedores saliessen, como aqui la huuo en el caso presente, optimè Tellus Fernandaz in l. 32. Taur. num, 9. & alios, quos ex breuitate consulto omittimus.

33 ¶ De que resulta, que quando oy tengan algun derecho el dicho Licenciado don Pedro Calvo Ossorio y su muger, aurá de ser por el precio en que se remataron contra aquel cuyos erā los bienes, o cōtra los acreedores a cuyo pedimiento se vendieron, pero no contra las dichas casas, vt concludit Bald. in Auth. ei qui, column. fin. vers. *Sed quid si fuit processum*, C. de bonis authorit. iudicis posſid. Alueric. in l. Fulcinius, vers. *Aut erat totus*, ff. ex quibus caus. in posses. eat. vbi

dicit

dicit dari actionem ad pretium, & non ad rem, & idem concludunt Vincent. de Franch. decis. 120. á num. 8. ibi: *Item, quod est fortius, quia facta venditione virtute sententiæ prædictæ si postea in appellatione reus vincit, non datur ei actio contra legitimum emptorem ad relaxationem rei, sed tantummodo condictio ad pretium, Bald. in Auth. ei qui iurat, column. fin. vers. Sed quid si fuerit processum, C. de bonis authorit. iud. possid. nō enim debet tanta solemnitas vitiari, & tolli*: & in decis. 660. pone el mismo caso, y concluye, que aunque la sentencia en cuya virtud se vendieron los bienes, se reuoque, ex nouiter deductis, sin embargo non datur actio ad rem, sed ad pretium, ibi; *Reclamauit reus à sententia prædicta, & stantibus de nouo deductis fuit sententia prædicta infirmata, & creditor condemnatus ad restitutionem exacti: instabat nunc victor in causa reclamationis pro restitutione prædictarum domorum iam venditarum, fuit dubitatum contra venditorem, eo quia facta venditione legitimé bonorum exequutorum, non datur actio contra legitimum emptorem ad rem, sed contra victum condictio ad pretium*: & post eum Zauallos in tract. de las fuerças, dict. quæst. 16. num. 38. circa nem, ibi: *Et sic nimirum si emptor rei securus sit, licet postea appareant alij creditores anteriores, qui non habent recursum contra emptorem.*

34 ¶ Y aquesta resolucion non solum est fundata in æquitate, sed in summa iustitia, porq̃ con la venta que de la dicha hipoteca, y la adjudicacion que despues della se hizo, quedó extinta la hipoteca, y asi no vino a quedar accion, ni recurso contra las dichas casas, vt ex multis fundamétis, & quam plurimis iuribus concludit Surd. decis. 226. ex num. 3. ad medium, ibi: *Credit autem Senatus veriorem esse opinionem contrariam, quod hypotheca fuerit extincta ex datione in solutum, & quod euicta re sic assignata, non liceat redire ad primam actionem.* Y auiendo comprouado aquesta conclusion con muchos textos, y autoridades en el num. 6. inquit. *Et quamuis dicta iura loquantur indistincté, tamen procedunt non*

*non solum respectu personalis actionis, sed etiam hypotecaria, quia ea quoque extinguitur, ita Bart. in l. si quis aliam, ff solut.* & inferius: *sed est expressus textus in l. elegãter in princip. ff. de pignorat. act. vbi dicit: Quod pignus extingui, quando res fuit in solutum data à iudice, ita vt re euicta non possit agi pignoratitia, sed vtili exempto, & hic textus est capitalis in præsenti casu, tunc quia loquitur in datione in solutum, tunc quia ponit casum in datione facta á iudice. Ad idẽ est textus, sed non ita clarius in l. si prædium. ff. de euict. qui negat primam dori actionem, sed vtilem exemoto. Idem probat text. in l. si libera, C. de sentent. & glos. ibi distinguendo dicit: Quod si res datur in solutum pro pecunia debita, extinguitur prima actio, & re euicta agendum est exempto, & dictam glos. sequitur Dinus quem citat ibi Cinus in principio.* Que todos son lugares indiuiduales, y que expressamente concluyen estar las dichas casas libres de la hipoteca que se pretende, y no auer derecho en virtud della contra el dicho dõ Saluador Zarreta.

## ❋ PVNTO QVINTO. ❋

35 ¶ Quando por lo que queda dicho, y considerado, la dicha hipoteca no se aya extinguido, y se tenga por valida la fiança que otorgò el dicho Luys Gomez de Pedraza, por lo menos parece, que no se puede escusar el que se aya de ratear el dicho censo entre todos los bienes obligados, assi de los principales, como de los fiadores a cada vno por la parte que le toca, ex l. reos, §. cum tabulis, ff. de duobus reis, aunque la obligacion de todos fuesse in solidum, ex Autent. hoc ita, C. de duobus reis, l. 10. tit. 12. part. 5. & quæ cõgerit Anton. Gom. in lib. 2. variar. cap. 12. num. 1. & 2. & præcipué quando totam vtilitatem cõtractus fuit in fauorem alicuius eorum, que entonces no solamente se deue hazer el dicho rateo, sino que pidiẽdose por algunos que se haga evcursion de los bienes de aquel que recibiò toda la vtilidad y comodo, se deue hazer antes que se llegue a condenarles en ninguna cantidad, vt ex l. vnde quæritur, ff. cõ-

modati,& l.cum plures,§.si vestimenta,ff. locati, & ex Bart.in l.3.§.1.ff.de duobus reis,vbi hoc cõcludit expressé,tenet Ant. Gom. in dict. cap.12. num.3. & idem ex aliis quam plurimis Rodrig. de reddit.lib.2.q.5.n.15.

36 ¶ Et nihil oberit, si se opusiere, que estando renunciado el beneficio de la diuision, se puede conuenir in solidum a qualquiera de los obligados,ex glos.ordinaria in Authent.de duobus reis,colat.7.vbi communiter DD. & in Authent. hoc ita,C.eod Ant.Gom.dict.cap.12.nu.2. vers. *Adde tamen*, porque aun en este caso procede lo que queda referido en lo vltimo del n.antecedente, vt tenet D.Ant.Gom.vbi proximé n.3.

37 ¶ Y para aqueste rateo no se ha de atẽder a el valor,y estimacion que de presente tienẽ las dichas casas,sino al que tenian al tiempo que se tassaron,y adjudicaron, porque el demas valor que de presente tienen es mediante los muchos gastos, y mejoramientos que en ellos se han hecho por el dicho don Saluador Zarreta y su suegro: y assi quando la dicha hipoteca huuiesse subsistido, no se puede,ni deue extender a lo que de presente valen, porque las mejoras hechas por el tercero posseedor,non sunt hypotecatæ creditori, vt in l. fin.C.de præd.& omnib.reb.nabica.& ibi Bart. & post Paul & Iason,resoluit Negulant.de pign.nu. 6.p.5.num.18.& docet D.Couarruv.lib.1.variar. cap.8.num.2.& alijs adductis probat Ioan.Garc. de expens.cap.18.num.76.& refert Tusch.pract. concl tom.5.lit.M.concl.152 num.50.& tenent Hieronym.Meirer.de pignorib. & hypot. tit.9. num.15.ibi: *Quod latius tamen non extendit, quam antea in re habuerit creditor ius pignoris*, & suo more doctissimé DD.Gregor.Lopez in l.15.tit.13. part. 5.glos.verb.*aquel tiempo*,ibi: *Si tamen istas meliorationes faceret alius,ad quem res peruenit,non venirent in hypoteca tales meliorationes factæ á tertio possessore, ad qu ex titulo emptionis similis res peruenit.*

Et

38 ¶ Et hoc est adeò verum, que si por algun camino no queriẽdo reconocer huuiesse derecho para poder despojar de las dichas casas al dicho don Saluador Zarreta, cumpliera con pagar el precio en que entonces se le remataron, vt ex Bart. Platea, Paulo de Castro, & Socino singulariter tenet Dom. Gregor. Lopez in dict. l. 15. tit. 13. parti. 5. glos. verb. *a buena fee*, ibi: *Et nota quod si non valet reddere rem, sed soluere æstimationem eius habito respectu ad valorem, qui erat tempore, quo ipse rem habuit, liberatur soluendo talem æstimationem.* & ex cum plurimis Guzman quæst. 20. á num. 8. Y asi quando no auiendose hecho excursion en los bienes del dicho Simon Rincon, se pueda proceder contra la dicha casa, ha de ser rateando la deuda entre todos los obligados, teniendo consideracion a lo q̃ pudiesse tocar a aquesta hipoteca a lo que valia, y se estimò al tiempo de la venta.

39 ¶ Et tandem es tan ajustada, y conforme a derecho la pretension del dicho don Saluador Zarreta, que todo lo que dexamos dicho, y considerado en este punto, es ex abundanti, porq̃ en lo riguroso para que se pueda sustentar, y defender la obligacion de mancomun, y insolidum en los que se obligan como principales en el contrato de censo, es menester que ayan todos recibido el precio, y principal del, y que en cada vno ayan interuenido todos los requisitos y circunstancias que en su origen y institucion se requieren, vt admodum doctè, & elegantissimè fundat Petr. Surd. cons. 318. á nu. 13. & seqq. & cons. 421. per tot. & melius cons. 511. num. 6. & seqq. quem sequitur Fachin. controuers. lib. 1. cap. 64. Con que parece, q̃ no solo en el todo, y principal de la dicha hipoteca, pero ni en parte alguna se le puede conuenir al dicho don Saluador.

## ✱ PVNTO SEXTO. ✱

40 ¶ Sed vtcunque sit, quando el dicho don Saluador Zarreta no quiera reconocer el dicho

cho censo, y pueda auer derecho para obligarle a que dexe la dicha hipoteca, primero se le deuen satisfazer y pagar todos los gastos y mejoramiẽtos que ha hecho en ellas, pues como està prouado cõ mucho numero de testigos, hizo en ellas muchas labores muy considerables, y en particular el quarto que sale a la calle, les echò corredores nueuos, y otros aumentos, de que deponen los testigos, y tãbien le agregó vn corral, en que labró, y hizo vn jardin, que segun consta por el memorial presentado sacado de su libro, y del de Nicolas de Parrizola su suegro importaron los dichos gastos mas de mil y quinientos ducados, ex quibus prædicta domus est admodum meliorata, y assi es preciso el auersele de satisfazer al dicho don Saluador Zarreta, quia melioramenta, seu meliorationes dicũtur, quæ meliorem rem reddunt, & faciunt, ita rei à fixa vt separari non possint, ex text. in l. quod dicitur, ff de impẽs. in reb. dotalib. fact. Mascard. de probat. concl. 1041. n. 1. Marescot. tom. 2. variar. resol. 1 . numer. 1. Guzman de euict. quæst. 20. num. 2

41 ¶ Y siendo el susodicho posseedor de buena fee, de que no se puede dudar, pues possee ex authoritate iudicis, y en virtud de la dicha adjudicacion, no parece dudable el auersele de pagar primero todos los dichos gastos, ex l. intra vtile, §. vẽditoribus, ff. de minorib. l. si controuersia, C. de euict. Arias Pinelus in l. 2. part. 2. cap. 3. à num. 2. C. de rescind. vendit. Guzman de euict. dict. quæst. 20. num. 2 Y es esto mas sin duda, por auer sido los dichos gastos de calidad, que sin ellos se huuieran hundido, y quedado inhabitables totalmente las dichas casas, porque entonces se juzgan, y tienen por precisos, y necessarios, ex l. si necessaria in principio, ff. de pignor. act. l. in fundo, ff de rei vindic. glos. in l. diuortio, §. impensa, ff. solut. matrim. Peregrin. de fideicommis. artic. 50. in princ. num. 8. ibi: *Necessaria item sunt, quæ in refectionem rei impenduntur, veluti si ædifficium ruens reputauerit.* Cald.

Pereira

Pereyra de empt. & vendit. cap. 27. num. 12. ibi: *Meliorationum autem, seu expensarum quædam sunt necessariæ, quæ sunt sine quibus res esset peritura, aut saltim deterior futura, inde ædificia ædificare colapsam domum fulcire, agerens construere, flumina auertere, vites in locũ demortuarum substituere, & similia inter expensas necessarias computantur*: & his non relatis Guzman de euict. dict. quæst. 20. num. 6. ibi: *Quando expensæ sunt necessariæ, quibus non factis fuisset res peritura, vel deterior effecta, vt in l. impensæ, ff. de verb. signif. vt puta si vetera ædificia instruantur.*

42 ¶ Y consequentemente se deuen pagar al dicho don Saluador Zarreta, aun quando huuiesse sido posseedor de mala fee, l. domum 5, C. de reiuindic. l. planè 38. ff de petit. hæredit. l. si à domino 39. § fin. ff. eod. l. fundus qui dotis, ff. familiæ hercifcund. l. 41. & 44. titul. 28. part. 3. & exornant Ioan. Garcia de expens. cap. 2. nu. 1. Valasc. consult. 161. nu. 7. Caldas Pereyra dict. cap. 27. num. 15. & 58. Barbosa in l. diuortio, §. fin. 1. part. num. 59. ff. soiut. matrim. Peregrin. d. art. 50. num. 26 y sin referir ninguno de aquestos Guzman, d. n. 6.

43 ¶ Demas que siendo el susodicho posseedor por tan legitimo titulo, y siendolo tan de buena fee, no solo auiendo sido los dichos gastos tan necessarios y precisos como fueron, si no quãdo tan solamente lo fuessen vtiles, se le deuieran pagar, ex dict. l. planè, ff. de petit. hæredit. l. 44 tit. 28. part. 3. Garcia de expensis, & meliorat. d. cap. 2. n. 1. & 2. Peregr. de fideicom. art. 50. p. 2. num. 51.

44 ¶ Y por todos ellos le compete al dicho don Saluador Zarreta derecho de retencion, ex l. in area, & ibi glos. ff. de condict. indebiti, Negusan de pign. 4. membr. 5. part. num. 8. Hercul. Maresc. lib. 2. var. c. 112. n. 1. & 14. Gratian. decis. 7. n. 12. Hieron. de Leon decis. Valent. 79. n. 12. D. Salg. de Reg. protect. 4. p. c. 7. à n. 72. & cap. 13. num. 59.

45 ¶ Et in terminis hablando en terminos de gastos, y mejoramientos hechos en bienes hipotecados, probatur expressé in l. Paulus, §. domus, ff. de pign. & hypot. ibi: *Sed bona fide possessores non aliter cogendos creditoribus ædifficium restituere, quã sumptus in extrusione erogatos, quatenus preciosior res facta est reciperent.* Et elegantissimé hablãdo en el mismo caso, y de auerse intentado la accion hipotecaria, Garcia de expens. c. 18. á n. 54. & seqq. & à nu. 62. & seqq. & doctissimé etiam in terminis Alex. Trentacinq. lib. 3. resol. 1. de pign. & hypot. fol. 260. vers. *Secundo infertur*, & vers. seq. y resuelue, q̃ no solo al que los hizo, sino assimismo a su sucessor, & si sit singularis le compete el derecho de retencion por todos ellos.

46 ¶ Y aquestos mejoramientos no hã de ser tan solamente en la cantidad en que parece se tassan aora por los alarifes, porque segun parece de su declaracion, tansolamente aprecian las labores, y gastos que se hizieron en las dichas casas, segun lo que de presẽte valen, como se comprueua, de que 50. tapias de soleria, y almojorrafe renouado del quarto principal las tassan en 225. reales, que vienen a salir a dos reales y medio cada vna, siendo assi, que solo de tierra muerta cuestan a mas de tres reales de sola la manifactura, sin los materiales; y de la misma suerte van tassando lo demas, y en todo haziendo grandissimo agrauio a aquesta parte, conque se auràn de satisfazer los dichos mejoramientos, segun el tiempo en que se gastaron, ad tradita per Abb. in cap. 1. de restitut. in integr. & in cap. quos quidam, nu. 9. & Felin. in c. cum sua, n. 28. de re iudicat. Y para su comprouacion se ha de atender demas de la prouança a el memorial sacado del libro del Licenciado Nicolas de Parrizola, que por ser de persona tan ajustada, y de tanta verdad y credito, como està prouado, y auer el susodicho muerto antes que se sacassen las dichas partidas, q̃ por si son todas muy verisimiles, se les deue dar todo credito, ad ea quę docet

docet Bart.n.27.ff.de iur. iur. Bald.in l.comparationes n.14.vers.*Sed ista*, C.de fide instrum. & ex quam plurimis à se congestis, concludit Escobar de ratiocinijs, c.10.á n.61.ibi: *Tamen in proposito dicēdum erit, quod etiam si administrator mortuus fuerit libro suo legitimo modo confecto, fides sit adhibenda in partitis verisimilibus, quia mors non parum fidei, addit scripturis mortuorum.* Et in numer.62. *Et eorum sententia ex hoc comprobari videtur, quia non est præsumendum, quod tempore mortis mendatium in libro rationum á se scriptum non declarasset.* Y assi parece que se ha de determinar en fauor de aquesta parte. Salva in omnibus, &c.

*El Licenciado Don Diego Maldonado de Leon.*